

¿QUE SE ENTIENDE POR TOLERANCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL? ANÁLISIS DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Por

MARÍA J. ROCA

Catedrática de Derecho Eclesiástico

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. *Consideraciones previas*. 1.2. *Significado de «tolerancia» en los diccionarios jurídicos*.—2. *STATUS QUÆSTIONIS DE LA DISCUSIÓN ACTUAL EN LA DOCTRINA*: 2.1. *La tolerancia desde la perspectiva de los cultivadores de la Filosofía del Derecho*. 2.2. *La tolerancia en el ámbito del Derecho eclesiástico del Estado*. 2.3. *Valoración crítica*.—3. *LA TOLERANCIA EN LAS FUENTES LEGALES*: 3.1. *La tolerancia como un concepto con una connotación positiva*: 3.1.1. *Derecho de asilo*. 3.1.2. *Legislación educativa*. 3.2. *La tolerancia como un concepto con una connotación negativa*. 3.3. *Valoración crítica*.—4. *LA TOLERANCIA EN LAS FUENTES JURISPRUDENCIALES*: 4.1. *La tolerancia, entre las categorías de «principio» y de «límite de los derechos»*. 4.2. *La tolerancia oficial de un comportamiento ilícito o delictivo*. 4.3. *La tolerancia y equidad*.—5. *CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS*.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. *Consideraciones previas*

Desde las instancias internacionales más altas (1), la tolerancia es promocionada y la intolerancia denostada. En nuestro Derecho, el término, de uso prevalentemente doctrinal, se emplea también por el legislador —p. ej., en la Ley de enseñanza (2)— y la jurisprudencia. Cultivadores de la Filosofía del Derecho y del Derecho eclesiástico han tratado la cuestión. Pero ello no significa que este término se utilice con un significado unívoco. Por una parte, la complejidad de la actual sociedad ocasiona numerosos problemas que atañen a la tolerancia, de modo que su radio de acción no se reduce hoy, como en tiempos de LOCKE o de VOLTAIRE, a cuestiones atinentes de modo exclusivo a la libertad religiosa; por otra parte, tolerancia viene a identificarse con indiferentismo, en unos casos, y, en otros, se

(1) La Carta de las Naciones Unidas afirma en su Preámbulo que la práctica de la tolerancia es uno de los principios que deben aplicarse para que las Naciones Unidas alcancen sus objetivos de impedir la guerra y mantener la paz.

(2) La Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación («BOE» núm. 159, de 4 de julio de 1985), establece en su artículo 2.1: «La actividad educativa, orientada por los principios y declaraciones de la Constitución tendrá, en los centros docentes a que se refiere la presente ley los siguientes fines: ... b) La formación en el respeto de los derechos y deberes fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de la convivencia».

interpreta como una actitud con un cierto matiz ofensivo, pues presupone un reconocimiento, pero en modo alguno una posición de igualdad.

Ante esta ambigüedad del término tolerancia, conviene recordar que la regla más elemental y tradicionalmente reafirmada, para que el lenguaje constituya un instrumento eficaz de trabajo, es que de todo concepto se dé una sola definición y que no se dé la misma definición para más de un concepto (3). Se presenta, pues, como necesario un análisis del empleo del término en el Derecho español.

Por nuestra parte, intentaremos ofrecer las reglas de uso del término tolerancia, aproximándonos al análisis del lenguaje del legislador (4). Pues aunque el lenguaje del legislador no sea riguroso, ni necesariamente completo y ordenado, la tarea del jurista consiste en hacerlo riguroso, completarlo y reducirlo a sistema (5). La formulación de estas reglas deberá ser guiada por la función jurídica asignada en cada caso a la expresión definida (6). Pero ¿tiene el término «tolerancia» una función jurídica en nuestro Derecho? Si la tiene, ¿cuál es ésta? ¿Se trata de una función propia de este término, es decir, que no resulta ya desempeñada por otro u otros conceptos jurídicos?

En todo caso, es claro que la tolerancia no es ni primaria ni exclusivamente un concepto jurídico. Por ello, estamos ante un concepto que, cuando es empleado por el legislador —para enumerar los fines de la educación, por ejemplo—, parece compartir las características de los conceptos jurídicos indeterminados. De la aplicación de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, ¿puede obtenerse el alcance preciso del término «tolerancia» en nuestro Derecho?

No obstante, la jurisprudencia, así como también la doctrina, han hecho uso de este término atribuyéndole el valor de «mandato» o de «principio». Esto lleva a considerar que para el adecuado entendimiento del concepto es necesario también recurrir a la categoría dogmática de los principios jurídicos. ¿Cuál es el contenido propio de la tolerancia como principio jurídico? ¿Qué relación guardaría el principio de tolerancia con otros principios ya reconocidos unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia, como el principio de igualdad, libertad o proporcionalidad?

A estos interrogantes trataremos de dar respuesta en estas páginas [5]. Para ello, ofreceremos una síntesis del estado actual de la cuestión en la doctrina [2], analizaremos el uso del término en las fuentes legales [3] y en las jurisprudenciales [4].

(3) U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959, pág. 31.

(4) N. BOBBIO, «Scienza del Diritto e analisi del linguaggio», en U. SCARPELLI/P. DI LUCIA (eds.), *Il linguaggio del Diritto*, Milano, 1994, pág. 96, afirma, no sin cierta rotundidad, que la interpretación de la ley es el análisis del lenguaje del legislador.

(5) N. BOBBIO, «Scienza del Diritto e analisi del linguaggio», *op. cit.*, pág. 97.

(6) U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica...*, pág. 31.

1.2. Significado de «tolerancia» en los diccionarios jurídicos

La tolerancia aparece en los diccionarios jurídicos (7) españoles acompañada de un adjetivo (tolerancia social) o de otro sustantivo con la forma de genitivo —tolerancia de cultos (8)—. En el primer caso, la «tolerancia social» es sinónima de «adecuación social», expresión propia del Derecho penal, mediante la cual se designa a aquellas actividades peligrosas o incluso lesivas que, por su utilidad social, se consideran lícitas. La adecuación social constituye un «criterio de interpretación que obliga a restringir el alcance literal de los tipos de la Parte especial, excluyendo de ellos aquellos comportamientos que resultan socialmente adecuados. Ello se funda en el principio de que no puede ser voluntad de la ley, al delimitar las conductas penalmente relevantes —función propia de los tipos (penales)—, el incluir actividades socialmente adecuadas» (9).

2. STATUS QUAESTIONIS DE LA DISCUSIÓN ACTUAL EN LA DOCTRINA

En el contexto del *revival* de la tolerancia que la declaración del año internacional de la tolerancia (10) produjo, esta temática ha sido estudiada en el ámbito jurídico tanto por los teóricos del Derecho como por los cultivadores del Derecho eclesiástico del Estado. Como se verá en los apartados siguientes, el significado atribuido al término *tolerancia en la doctrina* no siempre coincide con la fijación del concepto en los diccionarios jurídicos.

2.1. La tolerancia desde la perspectiva de los cultivadores de la Filosofía del Derecho

Entre los cultivadores españoles de la Filosofía jurídica pueden apreciarse, por una parte, los detractores del principio de tolerancia y, por otra,

(7) Por contraste con la escasa atención al término en los diccionarios jurídicos, destaca la mayor importancia que se le dedica en los diccionarios políticos o filosóficos; cfr. J. FERRATER MORA, voz *Tolerancia*, en *Diccionario de Filosofía*, vol. 9, Madrid, 1979, págs. 3267 y ss.

(8) G. DEL CASTILLO ALONSO, voz *Tolerancia de cultos*, en *Enciclopedia Jurídica Española*, vol. 30, Barcelona, s.d., pág. 39.

(9) S. MIR PUIG, voz *Adecuación social*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. 1, Madrid, 1995, pág. 244; IDEM, *Derecho Penal. Parte General*, 2.^a ed., Barcelona, 1990, págs. 567 y ss. Este autor sigue en este punto a H. WELZEL, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11.^a ed. (2.^a ed. castellana, trad. BUSTOS y YÁÑEZ), Santiago de Chile, 1976, págs. 83 y ss.

(10) La Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Resolución 5.6) propuso la declaración del año 1995 como año internacional de la tolerancia; a su vez, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución aprobada el día 18 de diciembre de 1992 (47/124), acogió dicha iniciativa, alentando a la Conferencia General a preparar una declaración sobre la tolerancia. En el ámbito europeo, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó, el 23 de febrero de 1993, una Recomendación relativa a la tolerancia religiosa en una sociedad democrática.

los que propugnan decididamente que la tolerancia sea institucionalizada como un principio jurídico (11). No faltan tampoco quienes, sosteniendo la necesidad de la tolerancia para la democracia (12), afirman que ésta es un instrumento de solución de conflictos que no está ligada a una concepción sustantiva, sino que tiene un carácter relacional, un valor mediatizador entre dos o más sistemas normativos y que, por tanto, opera atribuyendo significados o consecuencias a determinadas actuaciones individuales o sociales según la norma social (13).

Para sintetizar la posición de los detractores, estimamos que el autor más significativo es DE LUCAS. Al hilo de su argumentación se expone aquí esta postura doctrinal. En su opinión, el término tolerancia es una categoría jurídico-política que ha quedado desprovista de utilidad para ofrecer respuesta a los problemas de las minorías culturales (14). Sostiene este autor que es ambigua e incorrecta la vinculación entre democracia y pluralismo (15), al ofrecer la tolerancia como criterio de solución de los problemas de las minorías en una democracia multicultural (16). Critica que la tolerancia sea considerada como principio normativo para solucionar los problemas de las minorías culturales en una sociedad democrática (17). El error radica en seguir abordando los problemas de esos grupos minoritarios, en los términos clásicos de la relación entre pluralismo y democracia

(11) E. FERNÁNDEZ, *Los derechos de las minorías*, en «Sistema», 106, 1992, págs. 77-78; F. SAVATER, *La tolerancia, institución pública, virtud privada*, en «Claves de la Razón Práctica», 5, 1990, págs. 30 y ss.; V. CAMPS, *Virtudes públicas*, Madrid, 1991, págs. 81 y ss. Naturalmente que aparecen también otros estudios dentro de la Filosofía del Derecho que no pueden encuadrarse del todo ni entre los defensores ni entre los detractores de la tolerancia, porque abordan el tema desde otras perspectivas. Así, por ejemplo, M. ELOSEGUI, *El Derecho a la igualdad y la diferencia*, Madrid, 1998, págs. 222 y ss., aborda la cuestión de los límites de la tolerancia respecto de las costumbres admisibles en Derecho y la tolerancia respecto de las costumbres discriminatorias contra la mujer, en las págs. 347 y ss. Resultan también sugerentes las tesis de E. GARZÓN VALDÉS, *Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia*, en «Claves de la Razón Práctica», 19, 1992, págs. 16 y ss. Para una exposición de la tolerancia en sentido histórico, cfr. A. TRUYOL SERRA, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. II. Del Renacimiento a Kant*, 4.ª ed., Madrid, 1995, págs. 67 y ss., y G. PECES-BARBA y L. PRIETO, «La filosofía de la tolerancia», en G. PECES-BARBA y E. FERNÁNDEZ (eds.), *Historia de los Derechos fundamentales. Siglos XVI y XVII*, Madrid, 1998, págs. 275 y ss.

(12) Para Kelsen, la tolerancia es un límite de los derechos de la mayoría, y para Ross, la tolerancia es esencial para la democracia, al hacer posible la voluntad de compromiso. H. Kelsen, *Escritos sobre democracia y socialismo*, Madrid, 1988, págs. 243 y ss.; A. Ross, *¿Por qué democracia?*, Madrid, 1989, págs. 121 y ss.; H. Kelsen, *Escritos sobre democracia y socialismo*, Madrid, 1988, págs. 243 y ss. Sostiene hoy la necesidad de la tolerancia para la democracia, entre otros, P. ALLEGUE, *Sobre la tolerancia: «una pequeña virtud política», ¿de derechas o de izquierdas?*, en «Derechos y Libertades», 5, 1995, pág. 184.

(13) P. ALLEGUE, *Sobre la tolerancia: «una pequeña virtud política»...*, págs. 182-183.

(14) J. DE LUCAS, *La tolerancia como respuesta a las demandas de las minorías culturales*, en «Derechos y Libertades», 5, 1995, pág. 157.

(15) Sobre democracia y pluralismo, véase la exposición de J. VIDAL GIL, «Concepto y límites de la tolerancia: el caso del derecho de asilo», en *Idem*, *Los conflictos de los derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*, Valencia, 1999, págs. 461-464, siguiendo a DE LUCAS.

(16) J. DE LUCAS, *La tolerancia como respuesta...*, pág. 157. En el mismo sentido, E. J. VIDAL GIL, *Tolerancia, pluralismo y derecho...*, pág. 373.

(17) J. DE LUCAS, *La tolerancia como respuesta...*, pág. 157.

en los que encuentra su cabida la teoría liberal de la tolerancia, sin advertir que las reclamaciones de las minorías culturales suponen un planteamiento distinto del pluralismo y, por consiguiente, también de los principios de justicia con los que resolverlas (18).

La solución para los problemas de las minorías culturales no puede ser la tolerancia, porque los problemas se plantean por estas minorías en términos de identidad y, por tanto, como no negociables; la solución está en el concepto de ciudadanía (19).

En la concepción liberal (20), el pluralismo es sobre todo un pluralismo de valores (modo de vida, idea de bien, etc.); por eso las diferencias remiten al individuo y exigen la tolerancia en el sentido de la libre opción por el propio estilo de vida (que acaba haciéndose superflua por la propia lógica del discurso liberal). El pluralismo que aparece en las sociedades multiculturales (pluralismo de grupos sociales, de culturas, de intensidades colectivas) engendra un tipo de conflicto distinto; no es una lucha entre visiones del mundo distintas que se puedan reducir a una opción individual, sino una lucha por la inclusión, por la no discriminación, por el reconocimiento y la igualdad de consideración de los grupos minoritarios. De estos presupuestos se derivan los límites en la concepción liberal de la tolerancia o, mejor, su incapacidad para comprender los problemas que presentan las minorías culturales y, en consecuencia, lo inadecuado del concepto de tolerancia (21). Este es el problema al que trataría de dar respuesta la doctrina liberal de la tolerancia como parte de la teoría de la justicia, tal y como es desarrollada sobre todo en la obra de RAWLS, quien remite la tolerancia, en tanto que virtud política, al ámbito de la equidad, según una argumentación que arranca del hecho del pluralismo (22). Para evitar que se utilice la coacción frente a concepciones minoritarias, lo que resultaría inevitable, si el Estado apoya o asume alguna, es necesario adoptar el principio de tolerancia, entendida como neutralidad respecto a los valores y prácticas que afectan a la noción de bien (23).

(18) J. DE LUCAS, *La tolerancia como respuesta...*, pág. 158.

(19) J. DE LUCAS, *La tolerancia como respuesta...*, pág. 159. Desde otra perspectiva, plantea también la contraposición entre tolerancia y «derecho a ser diferente» A. PARÍS MIRALLES, *Notas sobre el concepto de no discriminación*, en «Derechos y Libertades», 5, 1995, pág. 195, en su idea de no discriminación: «El principio de no discriminación se convierte así en un puente entre la igualdad formal y la material, advirtiéndose, por otro lado, que tal y como aquí la entendemos no tendría cabida en el Estado liberal. Sin embargo, no por ello se asimila o confunde con la segunda vertiente de la igualdad. En efecto, mientras que el mandato de no discriminación implicaría un "derecho a ser diferente" (no una mera tolerancia) sin que ello redundara en un trato diferente, la igualdad material expresaría el derecho a un cierto equilibrio en las condiciones materiales básicas de la vida».

(20) Cfr. J. R. DE PÁRAMO, *Tolerancia y Liberalismo*, Madrid, 1993, y C. VELARDE, *Liberalismo y liberalismos*, Pamplona, 1997, especialmente págs. 82 y ss.

(21) J. DE LUCAS, *La tolerancia como respuesta...*, pág. 163.

(22) Pluralismo es aquí entendido como la presencia en la sociedad de diferentes concepciones del bien virtualmente conflictivas.

(23) J. DE LUCAS, *La tolerancia como respuesta...*, págs. 163-164. En el mismo sentido, VIDAL señala que no debe confundirse la tolerancia con el permiso negativo, esto es: la decisión de no prohibir, obstaculizar o interferir una conducta que se desaprueba cuando se tiene el poder y el conocimiento necesario para hacerlo. Estos permisos negativos si ge-

Si la tolerancia es un problema de reconocimiento de libertades individuales, de libertad de conciencia o de expresión, la tolerancia no tiene lugar, porque ha de ceder a los derechos humanos, pues el Estado no tiene derecho a tolerar aquello que no tiene derecho a prohibir (24). Hoy los problemas de tolerancia son sobre todo problemas de prácticas diferentes de las de la mayoría, de la aceptación pública de diferencias sociales practicadas por grupos que no están en pie de igualdad con los otros ciudadanos. Eso exige definir no sólo los bienes a distribuir, sino también los sujetos entre los que se trata de distribuir; por eso, surge la tolerancia como igualdad de consideración y no como un criterio normativo para asegurar la igual libertad individual en los planes de vida (25).

Para Javier DE LUCAS, la tolerancia en el orden jurídico-político no es necesaria donde aparecen garantizadas la igualdad y la libertad (26). Más aún, considera que allí donde éstas están reconocidas, «apelar a la tolerancia como principio público es rebajar los derechos» (27). En consecuencia, el ámbito propio de la tolerancia es el que se refiere a las conductas que no pueden configurarse como derechos en el ordenamiento jurídico; tal es el caso de la desobediencia civil (28).

Otros autores, estudiando la tolerancia en relación con las minorías (29), han señalado que la tolerancia es un deber de los ciudadanos. Así, PUY MUÑOZ (30), siguiendo en este punto a GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI y a RUIZ-GIMÉNEZ, sostiene que el conjunto de los ciudadanos tienen, con respecto a las minorías, obligaciones de mera tolerancia y obligaciones de colaboración. Es decir, que a la exigencia de protección de los derechos fundamentales de todas las personas humanas, sin discriminación alguna, se añaden las exigencias de reconocimiento de las diferencias reales entre ellas y de un plus de promoción y tutela de las personas y los grupos diferenciados.

En suma, entre los cultivadores de la Filosofía del Derecho, la atención dedicada al principio de tolerancia tiene, en su mayoría, una base que ahonda sus raíces en los planteamientos kelsenianos del principio de tolerancia como límite de los derechos de la mayoría. En pocos casos, el tratamiento de la tolerancia supone plantear la cuestión bajo el problema de la verdad (31). Como síntesis de las aportaciones de la doctrina española, la

neran derechos y deberes correlativos en el ámbito jurídico, y la tolerancia no. E. J. VIDAL GIL, *Tolerancia, pluralismo y derecho...*, pág. 376.

(24) J. DE LUCAS, *La tolerancia como respuesta...*, pág. 164.

(25) J. DE LUCAS, *La tolerancia como respuesta...*, pág. 165.

(26) La tolerancia es un requisito necesario pero insuficiente de la justicia, que ante todo es libertad en la igualdad e igualdad en la libertad. E. J. VIDAL GIL, *Tolerancia, pluralismo y derecho...*, pág. 381.

(27) J. DE LUCAS, *¿Para dejar de hablar de tolerancia?*, en «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 11, 1992, pág. 124.

(28) J. DE LUCAS, *¿Para dejar de hablar de tolerancia?*, pág. 125.

(29) Sobre el concepto de minorías, F. PUY MUÑOZ, *Las fórmulas del principio de respeto a las minorías*, en «Derechos y Libertades», 5, 1995, pág. 308; en la pág. 312, el enunciado del principio de respeto a las minorías. Sobre las minorías religiosas, cfr. A. MOTILLA, *Minorías religiosas en el Derecho español*, en «RFDUC», 76, 1989-90, págs. 171 y ss.

(30) F. PUY MUÑOZ, *Las fórmulas del principio de respeto a las minorías...*, pág. 309.

(31) Cfr. E. LÓPEZ CASTEJÓN, *Sobre la justificación moral de la tolerancia*, en «Derechos

tolerancia aparece encuadrada como sigue: *a)* en cuanto virtud política que se expresa en el ámbito jurídico a través de la equidad; *b)* en cuanto un principio jurídico (dentro de los autores que sostienen su caracterización como tal, se distinguen aquellos que lo consideran necesario y quienes lo consideran innecesario); y *c)* en cuanto deber de los ciudadanos, sin llegar a especificarse si se trata de un deber moral o un deber jurídico.

En los estudios iusfilosóficos consultados son más frecuentes las referencias a la doctrina extranjera que a las fuentes del Derecho español. Por ello, no puede concluirse que las diferencias dentro de la doctrina española responden a las distintas fuentes estudiadas. En todo caso, convendrá volver sobre estas tres categorías propuestas por la doctrina, cuando analicemos las fuentes legales [3] y jurisprudenciales [4].

2.2. La tolerancia en el ámbito del Derecho eclesiástico del Estado

Entre los cultivadores del estudio de la libertad religiosa y de las relaciones Iglesias-Estado, la tolerancia ha sido abordada: *a)* desde la perspectiva histórica; *b)* desde los principios del Derecho eclesiástico español; y *c)* por último, desde diversas ópticas, que se agrupan aquí en un único apartado.

a) Desde el punto de vista histórico, SOUTO (32) y VERA URBANO (33), al tratar los orígenes de la libertad religiosa europea, señalan la tolerancia política como un paso previo al reconocimiento de la libertad y sitúan las decisiones de tolerancia dentro del ámbito de las decisiones políticas. En el mismo sentido, MARTÍ estima que aunque la tolerancia puede aparecer en las modernas democracias tiene un significado analógico residual y, por ello, resulta excesivo hablar en este contexto de principio de tolerancia (34). «Las bases de la tolerancia —que son variadas pero que tienen en común una cierta confesionalidad— resultan incompatibles con las de una democracia moderna» (35). Se pronuncia a favor de que la tolerancia en los regímenes de libertad no se considere como una solución definitiva para los problemas que puedan surgir en la convivencia, sino como un paso hacia la libertad (36). Por su parte, AMORÓS AZPILICUETA (37) identifica la intole-

y Libertades», 5, 1995, pág. 21, y A. OLLERO, *Tolerancia y verdad*, en «Scripta Theologica», 27, 1995/3. La tolerancia fuerte se apoya en una certeza epistemológica: que no existe la verdad absoluta. E. J. VIDAL GIL, *Tolerancia, pluralismo y derecho*, en «Derechos y Libertades», 5, 1995, pág. 376.

(32) J. A. SOUTO PAZ, «Relevancia jurídica de las minorías religiosas», en VV.AA., *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, 1999, págs. 128-129.

(33) F. VERA URBANO, *El punto de partida político de la libertad religiosa europea*, en «Revista Española de Derecho Canónico», 114, 1983, págs. 509-514.

(34) J. M. MARTÍ, *La idea de tolerancia y su aplicación en el Derecho contemporáneo*, en «Humana Iura», 4, 1994, pág. 97.

(35) J. M. MARTÍ, *La idea de tolerancia y su aplicación...*, pág. 98.

(36) J. M. MARTÍ, *La idea de tolerancia y su aplicación...*, pág. 98.

(37) J. J. AMORÓS AZPILICUETA, *Nacionalismo europeo: la intolerancia y las guerras religiosas*, en «Derecho y Opinión», 5, 1997, págs. 179-189.

rancia con el extremismo, pero ello no implica que se pronuncie a favor de una sociedad sin valores; al contrario, apuesta por el papel del Estado en la construcción de una sociedad con valores (38).

b) Desde la perspectiva de los principios del Derecho eclesiástico, el autor que ha dedicado mayor atención a esta temática ha sido GONZÁLEZ DEL VALLE. Su pensamiento puede resumirse del modo que sigue. Por lo que se refiere a la distinción entre la idea de tolerancia y la idea de libertad religiosa, entiende que «cuando en nombre de la libertad religiosa se pretende incumplir deberes civiles, cabe aplicar la idea de tolerancia religiosa, pero no la idea de libertad religiosa. Y al respecto, no cabe clasificar como pretensión de incumplir un deber civil la pretensión de ejercitar un derecho opuesto al cumplimiento de una obligación civil» (39).

La forma a través de la cual la tolerancia se ejerce ha de ser la ley: «La figura jurídica de la tolerancia se caracteriza por la existencia de una *lex tolerans*, que establece una excepción a la regla general en determinados casos. Esa ley especial es fuente de derechos subjetivos, que no tienen, sin embargo, el carácter de derechos fundamentales» (40).

Como presupuesto para el ejercicio de la tolerancia señala la existencia de una relación «superior-súbdito», en la que quien detenta la supremacía concede al súbdito el derecho a incumplir ciertos deberes con carácter excepcional (41). Desde esta premisa, se extrae la consecuencia de que no puede haber relación jurídica de tolerancia donde haya una relación de igualdad entre las partes. Así, mientras que el hecho de que en España la jurisdicción de los Tribunales eclesiásticos esté reconocida por el poder civil responde, a juicio de CUBILLAS (42), a la idea de tolerancia; en cambio, en opinión de GONZÁLEZ DEL VALLE (43), el reconocimiento obedece a un pacto concordatario y, por tanto, está basado en la idea de igualdad de las partes; falta, pues, la base que permite hablar de tolerancia.

GONZÁLEZ DEL VALLE sitúa a la tolerancia entre los principios del Derecho eclesiástico español y, por tanto, entre los criterios establecidos por la Constitución que sirven para orientar la tarea del legislador e interpretar el ordenamiento jurídico (44). A juicio del mismo autor, los principios de Derecho eclesiástico, a diferencia de los principios generales de Derecho privado (a los que hace referencia el Código civil), son Derecho positivo (45).

En opinión de GONZÁLEZ DEL VALLE, el principio de tolerancia tiene una concreta virtualidad práctica; es aplicable a conductas que pretenden

(38) J. J. AMORÓS AZPILICUETA, *Nacionalismo europeo...*, pág. 189.

(39) J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho eclesiástico español*, 4.^a ed., Oviedo, 1997, pág. 162.

(40) J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho eclesiástico español...*, pág. 162.

(41) J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho eclesiástico español...*, pág. 167.

(42) L. M. CUBILLAS RECIO, *Sistema matrimonial español*, Valladolid, 1985, pág. 314.

(43) J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho eclesiástico español...*, pág. 167.

(44) J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho eclesiástico español...*, pág. 135.

(45) J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho eclesiástico español...*, pág. 137.

moverse en el ámbito de ejercicio de la libertad religiosa pero que contravienen el orden público, siempre que la lesión de éste no sea muy grave (p. ej., el caso de la Iglesia de la Cienciología; sus actividades estarían sometidas a un régimen de tolerancia y no de libertad). En cambio, tanto BERNARDEZ como CALVO-ALVAREZ se pronuncian en contra de la inclusión de la tolerancia entre los principios del Derecho eclesiástico español. Para BERNARDEZ, no se requiere erigir a la tolerancia como principio informador, basta el principio de libertad religiosa (46). En opinión de CALVO-ALVAREZ, el concepto de tolerancia no puede convertirse en un principio del Derecho eclesiástico español, porque si una conducta contraria a una ley imperativa se tolera es porque no infringe el orden público, y entonces ya no estamos ante un supuesto de tolerancia, sino de respeto de la libertad (47).

Sin perjuicio de que al término de este apartado se anote una síntesis de las diversas posturas doctrinales con algunas consideraciones críticas, conviene apuntar aquí que, a nuestro juicio, es difícil afirmar, simultáneamente, que la tolerancia reviste la forma de ley y que ampara aquellas conductas que contradicen el orden público, porque ello supondría que las leyes de tolerancia serían contrarias al orden público. Es decir, no parece que el «recipiente» de la «ley» sea apto para «transportar» (48) una materia contraria al orden público.

c) Diversas perspectivas.

HERVADA, ante la posible denominación del Derecho eclesiástico como un Derecho de la tolerancia, entiende que supone un retroceso porque es una afirmación demasiado anticuada, anterior a la afirmación de los derechos humanos. Ello nos retrotraería al siglo xviii, en el que no había un reconocimiento claro e inequívoco de las libertades cívicas como derechos humanos, sino sólo como una actitud tolerante de los gobernantes para una vida social en paz y libertad (49). La misma idea de tolerancia sostiene MARTÍN DE AGAR (50) y MANTECÓN (51), como una interpretación restrictiva del derecho de libertad religiosa.

En cambio, desde la perspectiva de IBÁN (52), el sistema actual de protección de las libertades es un sistema de tolerancia, puesto que la concep-

(46) A. BERNARDEZ, Recensión a J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho eclesiástico español*, 2.^a ed., Madrid, 1991, en *ADEE*, 1993, pág. 732.

(47) J. CALVO-ALVAREZ, *Los principios del Derecho eclesiástico español en las sentencias del Tribunal Constitucional*, Pamplona, 1999, pág. 62.

(48) La imagen de la ley como recipiente apto para «transportar» determinados contenidos está tomada de C. STARCK, «Diskussion», en G. F. SCHUPPERT (ed.), *Das Gesetz als zentrale Steuerungsinstrument des Rechtsstaates*, Baden-Baden, 1998, pág. 178.

(49) J. HERVADA, *Los eclesiasticistas ante un espectador*, Pamplona, 1993, pág. 67.

(50) J. T. MARTÍN DE AGAR, *Tolerancia y libertad*, en «Ius Canonicum», vol. especial, *Escritos en Honor de Javier HERVADA*, 1999, págs. 931 y ss.

(51) J. MANTECÓN, «La libertad religiosa como derecho humano», en VV.AA., *Tratado de Derecho eclesiástico*, Pamplona, 1994, pág. 93.

(52) I. C. IBÁN, *Tolerancia y libertad religiosa en la Europa continental*, en «Quaderni di Diritto e Política Ecclesiastica», 1, 1997, págs. 197 y ss.

ción de libertad que subyace es una concepción cristiana. Así, a su juicio, no puede decirse que haya cambiado la situación de la Ley de libertad religiosa de 1967 a la LOLR (53). Es decir, este autor comparte con los anteriores la idea de que la tolerancia supone una toma de postura a favor de una determinada concepción; en cambio, disiente de ellos en la valoración del actual régimen vigente (para aquéllos, de libertad; para éste, de tolerancia).

En los estudios relativos a la aplicación de fuentes internacionales (54) se emplea el término tolerancia como sinónimo de convivencia, e intolerancia como sinónimo de extremismo (55).

Por último, estimamos que la reflexión de NAVARRO-VALLS tiene por objeto la adecuada protección de los valores en una determinada sociedad, más que el régimen jurídico vigente. Así, entiende que la tolerancia institucionalizada y la tolerancia como virtud son el único modo de poner en consonancia los bienes comunes de una sociedad y los derechos inalienables de cada individuo (56). Con ello, trata de evitar que en nombre de los derechos individuales se puedan destruir de forma sistemática aquellos bienes de los que participan la mayoría de los individuos y que, precisamente por ello, son bienes comunes.

A su juicio, cabe hablar de dos tipos de intolerancia. Una primera se ampara en postulados supuestamente religiosos, y una segunda forma es la que proviene del «secularismo militante» o humanismo secular. La primera forma de intolerancia deriva de una perversión de la religión; la segunda es una caricatura de la laicidad (57). En este punto su valoración coincide con el significado de la intolerancia en el Derecho internacional.

A modo de síntesis del empleo del término en la doctrina eclesiástica, cabe afirmar que se observa un uso del término intolerancia como un concepto cuyo significado material designa una conducta que también podría llamarse extremismo o fanatismo, perversión de la religión o secularismo militante.

En su uso como concepto jurídico tiene diversas funciones. Por una parte, se le atribuye dentro del Derecho vigente su significado anacróni-

(53) Un estudio comparado de ambas fuentes de este mismo autor, aunque no desde la perspectiva de la tolerancia, cfr. I. C. IBÁN, «Dos regulaciones de la libertad religiosa en España (la ley de libertad religiosa de 1967 y la ley orgánica de libertad religiosa de 1980)», en VV.AA., *Tratado de Derecho eclesiástico*, Pamplona, 1994, págs. 379 y ss. Sobre el tema pueden verse también: I. MARTÍN MARTÍNEZ, *La libertad religiosa en la Ley Orgánica del Estado*, en «Revista de Estudios Políticos», 182: 1972, págs. 349 y ss., y en ÍDEM, *Sobre la Iglesia y el Estado*, Madrid, 1989, págs. 635 y s.

(54) E. SOUTO GALVÁN, *El conflicto de los Balcanes y la intolerancia religiosa*, en «Derecho y Opinión», 5, 1997, págs. 403 y ss.

(55) E. SOUTO GALVÁN, *El conflicto de los Balcanes y la intolerancia...*, pág. 409, nota 25.

(56) R. NAVARRO-VALLS, «Laicidad, tolerancia y libertad religiosa», en F. FUENTE ALCÁNTARA (coord.), *Cultura de la tolerancia*, Madrid, 1996, pág. 187, citando a Robert SPAEMAN.

(57) R. NAVARRO-VALLS, *Justicia constitucional y factor religioso*, en «Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», 28, 1997, págs. 214-216.

co (58); esto es, el de un estatuto jurídico intermedio entre la represión y la libertad. Por otra parte, se emplea también para designar un principio del Derecho eclesiástico. Ahora bien, la falta de acuerdo doctrinal acerca de su inclusión dentro de esta categoría (y nuestra ya apuntada posición crítica al respecto) no parece aconsejar el intento de ofrecer una redefinición del término desde la categoría de los principios de esta rama del Derecho.

2.3. *Valoración crítica*

El tratamiento de la tolerancia en ambas disciplinas jurídicas ofrece coincidencias, entre las que cabe destacar la consideración de la tolerancia como una categoría menos beneficiosa que el reconocimiento de los derechos y libertades (59). Esta afirmación debe formularse bajo la reserva de que, dentro de la Filosofía del Derecho, no todos comparten esta consideración. Dentro de la rama del Derecho eclesiástico puede hablarse, en cambio, de una opinión mayoritaria en este sentido.

La principal contradicción en las posturas doctrinales recogidas estriba quizá en que para determinados autores el presupuesto de la tolerancia es la confesionalidad (60) y para otros la neutralidad (61). Otras diferencias apreciables, como el hecho de que para algunos la tolerancia tenga como premisa la no igualdad entre las partes de la relación (62) y para otros se trate de un deber entre los ciudadanos (63) —cuyas relaciones se rigen por el principio de igualdad entre los sujetos—, obedecen más bien a las diversas categorías desde las que considera la tolerancia: como principio, en el primer caso, y como deber, en el segundo. En todo caso, la síntesis del esfuerzo doctrinal hasta ahora realizado no parece ofrecer una respuesta clara a los interrogantes que se formulaban al comienzo de este trabajo [1.1], sino que más bien pone en duda la posibilidad de que del término tolerancia pueda hacerse una adecuada caracterización desde el punto de vista de las categorías dogmáticas del Derecho. No obstante, antes de mantener esta afirmación, conviene analizar las fuentes.

(58) No se emplea el término anacrónico en sentido peyorativo, sino para designar el significado que el término tolerancia ha tenido en épocas pasadas de la historia: el que se le atribuía en fuentes legales como el Edicto de Nantes, la Patente de Tolerancia de José II de Austria, etc.

(59) Cfr. los estudios anteriormente citados de DE LUCAS, HERVADA, IBÁN, MANTECÓN, MARTÍN DE AGAR, MARTÍ, VIDAL.

(60) J. M. MARTÍ, *La idea de tolerancia y su aplicación...*, pág. 98.

(61) Para DE LUCAS, *La tolerancia como respuesta...*, págs. 163-164, anota que la tolerancia debe ser entendida como neutralidad respecto a los valores y prácticas que afectan a la noción de bien.

(62) Cfr. la opinión sostenida por GONZÁLEZ DEL VALLE.

(63) En este sentido, la posturas mencionadas de PUY y RUIZ GIMÉNEZ.

3. LA TOLERANCIA EN LAS FUENTES LEGALES

3.1. *La tolerancia como un concepto con una connotación positiva*

3.1.1. *Derecho de asilo.*

La Ley 5/1984, de 26 de marzo, sobre derecho de asilo y de la consideración de refugiado (64), establece en su Exposición de Motivos:

«I. La presente ley tiene por objeto cumplir el mandato del artículo 13.4 de la Constitución, y al mismo tiempo ofrecer una solución jurídica a un problema de hecho como es el de refugio en España de personas perseguidas en sus países por motivos ideológicos o políticos, de acuerdo con los criterios de solidaridad, hospitalidad y tolerancia que deben inspirar el Estado democrático definido en nuestra Constitución.»

Por lo que respecta al valor de los preámbulos o exposiciones de motivos de las leyes (65), conviene tener presente que su función jurídica es dudosa. Se ha afirmado que en las exposiciones de motivos se recogen indicaciones de gran interés (66), sin que pueda atribuírseles una función concreta (67). En cambio, se ha mantenido por otros autores que las exposiciones de motivos pueden ser aducidas bien como elemento normativo, bien como elemento de interpretación normativo (68). El preámbulo se cita como un aspecto de la ley sin valorar su rango, debido a que no hay precepto concreto aplicable al caso o a que con la referencia al preámbulo hay suficiente base de derecho para el razonamiento (69). En otros casos, la exposición de motivos es entendida como el conjunto de precedentes y materiales legislativos, con valor interpretativo, pero como algo externo a la norma (70).

(64) «BOE» núm. 74, de 27 de marzo de 1984.

(65) M. C. ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, *Valor y función de las «exposiciones de motivos» en las normas jurídicas*, Santiago de Compostela, 1972, pág. 104, sostiene que el término «exposición de motivos» es exactamente igual al de «preámbulo». Sobre su valor en los tratados internacionales, cfr. J. A. CORRIENTE, *Valor jurídico de los preámbulos en los tratados internacionales*, Pamplona, 1970.

(66) M. C. ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, *Valor y función de las «exposiciones de motivos»*..., pág. 51, en las exposiciones de motivos aprecia dos partes: la presentación del problema (en sus aspectos socioeconómico, político-moral y técnico-jurídico) y la necesidad de resolverlo, aportando argumentos del mismo carácter que los problemas planteados.

(67) M. C. ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, *Valor y función de las «exposiciones de motivos»*..., pág. 37, nota 37, recoge la opinión de DE CASTRO, quien sostiene esta ausencia de función jurídica.

(68) M. C. ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, *Valor y función de las «exposiciones de motivos»*..., pág. 84.

(69) M. C. ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, *Valor y función de las «exposiciones de motivos»*..., pág. 89.

(70) M. C. ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, *Valor y función de las «exposiciones de motivos»*..., págs. 91 y ss., critica esta visión.

En todo caso, se entiende que el juez está obligado a la aplicación de la exposición de motivos, ya que en ella se señalan directrices que el legislador ha querido imponer en el mandato legal (71). Es decir, la interpretación de la norma para su aplicación en el caso concreto tiene que tener en cuenta la exposición de motivos (72).

Pues bien, si se le reconoce ese valor a las exposiciones de motivos, habría que decir que la función del término tolerancia es interpretativa desde el punto de vista formal. Desde el punto de vista material, en esta Ley reguladora del derecho de asilo se considera como uno de los criterios integrantes del Estado democrático, que ha de servir para la aplicación de este derecho cuando se solicite el asilo por motivos ideológicos o políticos (73). Es decir, desde el punto de vista material su significado no se circunscribe al ámbito de la libertad religiosa, sino que se considera parte del Estado democrático.

3.1.2. *Legislación educativa.*

La LOGSE (74) contiene, tanto en su preámbulo como en su articulado, referencias a la tolerancia. En el Preámbulo se declara:

«El objetivo primero y fundamental de la educación es el de proporcionar a los niños y a las niñas, a los jóvenes de uno y otro sexo, una educación plena que les permita conformar su propia y esencial identidad, así como construir una concepción de la realidad que integre a la vez el conocimiento y la valoración ética y moral de la misma. Tal formación ha de ir dirigida al desarrollo de su capacidad para ejercer, de manera crítica y en una sociedad axiológicamente plural, la libertad, la tolerancia y la solidaridad.»

Por su parte, el artículo 1.1 de esta Ley establece (75) que uno de los fines del sistema educativo español es la formación en el ejercicio de la tole-

(71) M. C. ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, *Valor y función de las «exposiciones de motivos»...*, pág. 101.

(72) *Ibidem*.

(73) Para un estudio del derecho de asilo desde la perspectiva filosófica, cfr. J. DE LUCAS, *Fundamentos Filosóficos del asilo*, en «Revista del Instituto Universitario Fray Bartolomé de las Casas», 4, 1995, págs. 26 y ss., y J. VIDAL GIL, «Concepto y límites de la tolerancia: el caso del derecho de asilo», págs. 464 y ss.

(74) Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo («BOE» núm. 238, de 4 de octubre de 1990), modificada por Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre.

(75) «El sistema educativo español, configurado de acuerdo con los principios y valores de la Constitución, y asentado en el respeto a los derechos y libertades reconocidos en ella y en la Ley orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, se orientará a la consecución de los siguientes fines previstos en dicha ley:

- a) el pleno desarrollo de la personalidad del alumno.
- b) la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en el ejer-

rancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia.

El Real Decreto por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia de los centros (76) no contiene ninguna referencia expresa a la tolerancia. Pero este término vuelve a aparecer en la legislación autonómica.

En la legislación de las Comunidades Autónomas, la situación respecto a la tolerancia en las leyes educativas es la siguiente: En Andalucía, la normativa que regula las enseñanzas complementarias para los alumnos que no hayan optado por elegir enseñanza religiosa, al señalar el contenido de la enseñanza complementaria denominada «Cultura Religiosa» (77), recoge como premisas de la tolerancia la conciencia firme de la propia identidad y la aceptación respetuosa y cooperativa con la identidad de los otros.

Contiene una referencia expresa a la tolerancia, dentro de los derechos y deberes de los alumnos, la Comunidad Autónoma de Valencia (78). En cambio, Cataluña omite esta referencia dentro de los derechos y deberes de los alumnos, aunque haga alusión a términos similares (79).

cicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia;

- c) la adquisición de hábitos intelectuales y técnicas de trabajo, así como conocimientos científicos, técnicos, humanísticos, históricos y estéticos;
- d) la capacitación para el ejercicio de actividades profesionales;
- e) la formación en el respeto de la pluralidad lingüística y cultural de España;
- f) la preparación para participar activamente en la vida social y cultural;
- g) la formación para la paz, la cooperación y la solidaridad entre los pueblos.»

(76) RD 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros («BOE» 131/1995, de 2 de junio).

(77) Orden de 22 de agosto de 1995, por la que se regulan las enseñanzas complementarias contempladas en el Real Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre, en la Comunidad Autónoma de Andalucía: «Es obvio que para cimentar una auténtica tolerancia es tan precisa la conciencia firme de la propia identidad, como la aceptación respetuosa y cooperativa con la identidad de los otros. Mas todo esto requiere un esfuerzo de conocimiento del otro, el acceso a un saber del que forma parte significativa el conocimiento del hecho religioso en su pluralidad. (...) Profundizar en el concepto de tolerancia, en sus raíces históricas y filosóficas, en su conexión respecto a las ideas de libre pensamiento, libre conciencia, y Estado laico, parecen dimensiones ineludibles, sin perjuicio de no olvidar la tolerancia como actitud íntima de la conciencia que reconoce el valor de la otredad». Además, esta misma Orden prevé, dentro de la especificación concreta del temario, un apartado titulado «la tolerancia como problema religioso», en el capítulo dedicado a «Religión y Sociedad».

(78) Decreto 246/1991, de 23 de diciembre, del Consell de la Generalitat Valenciana, sobre derechos y deberes de los alumnos de los centros docentes de niveles no universitarios («DOGV» 1696/1992, de 3 de enero), artículo 6.1: «Los alumnos/as tienen derecho a recibir una formación que les permita conseguir el pleno desarrollo de su propia personalidad, a tal fin se encaminará siempre la programación general de los centros docentes». Artículo 6.2: «La formación de los estudiantes deberá comprender: a) la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia (...) g) la formación para la paz, la cooperación y la solidaridad entre los pueblos».

(79) Decreto 226/1990, de 4 de septiembre, sobre derechos y deberes de los alumnos de los centros de niveles no universitarios de Cataluña («DOGC» 1350/1990, de 3 de octubre), modificado por Decreto 302/1993, de 9 de diciembre, y por Decreto 266/1997, de 17 de octubre («DOGC» 2503/1997, de 24 de octubre), artículo 4: 1. Los alumnos tienen derecho

En nuestra opinión, las referencias a la tolerancia que se han visto en la normativa educativa responden más bien al deseo de acoger en la legislación nacional o autonómica las directrices del Derecho internacional (80) que a planteamientos propios de la dogmática de los deberes fundamentales. En España, a pesar de que nuestra Constitución contiene una referencia expresa al término derechos y deberes fundamentales, no hay una dogmática propia de los deberes fundamentales, como ocurre, por ejemplo, en la doctrina alemana (81). Los deberes que en cuanto tales se establecen en nuestra Constitución son: el de prestar el servicio militar (art. 30.1), el impositivo (art. 31.1), el de trabajar (art. 35.1) y el de los padres de prestar asistencia a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.1).

3.2. *La tolerancia como un concepto con una connotación negativa*

El Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado (82) tipifica, en su artículo 7.1.d), «la tolerancia de los superiores respecto de la comisión de faltas muy graves o graves de sus subordinados» como una falta grave.

Lamentablemente, el hecho de que el empleo del término tolerancia se haga en este caso en el contexto del Derecho administrativo sancionador no aporta mayor información que el dato de ser empleado en la acepción negativa del término tolerancia. Aunque la tipificación de las infracciones debe hacerse de la manera más precisa posible, ello no obsta para que la norma tipificadora pueda emplear la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados (83). En suma, del uso del término tolerancia en esta fuente

a recibir una formación que les permita conseguir el pleno desarrollo de su propia personalidad. 2. A fin de hacer efectivo este efecto, la formación de los estudiantes deberá comprender: a) la formación en el respeto de los principios democráticos de convivencia y de los derechos y libertades fundamentales (...) g) la formación por la paz, la cooperación y la solidaridad entre los pueblos».

(80) Artículo 13.1 del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales: «convienen en que la educación (...) debe favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos nacionales, étnicos o religiosos».

(81) Cfr. K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2, München, 1994, § 88, pág. 991; H. H. KLEIN, *Über Grundpflichten*, en «Der Staat», 14, 1975, págs. 153 y ss. Con más detalle sobre el origen de los deberes fundamentales, cfr. K. STERN, «Idee und Herkunft des Grundpflichtendenkens», en K. HEILBRONNER/G. RESS/T. STEIN (eds.), *Staat und Völkerrechtsordnung*, Berlin y otras, 1989, págs. 969-984. Para el estudio de esta temática en la doctrina alemana resulta imprescindible acudir a las ponencias de V. GÖTZ y R. STÖBER, tituladas ambas *Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension*, en «VVDStRL», 41, 1983. De este último autor pueden verse también: R. STÖBER, «Entwicklung und Wandel der Grundpflichten», en N. ACHTERBERG/W. KRAWIETZ/D. WYDÜCKEL (eds.), *Recht und Staat, in Sozial-Wandel. Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag*, Berlin, 1983, págs. 643-661; R. STÖBER, *Grundpflichten als Verfassungsrechtliche Dimension*, en «NVwZ», 1982, págs. 473 y ss., y en «NJW», 1982, págs. 2145 y ss.

(82) Aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero («BOE» núm. 15, de 17 de enero de 1986).

(83) A. NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, 1993, págs. 60-61; cfr. la jurisprudencia del TC y del TS citada al respecto. Sobre los conceptos jurídicos indeterminados, cfr. F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad admi-*

normativa sólo podemos concluir que, por su función jurídica (delimitación de la conducta del tipo de una falta disciplinaria), tiene una connotación negativa.

3.3. *Valoración crítica*

Esta aproximación al uso del término «tolerancia» en las fuentes legales pone de manifiesto que su escaso empleo por el legislador contrasta con la atención que le ha dedicado la doctrina. Del análisis de las fuentes legales no pueden extraerse conclusiones que permitan formular unas reglas generales para el empleo riguroso del término dentro del lenguaje jurídico.

Cuando el término tolerancia tiene un significado positivo, alude a un valor dentro de los principios democráticos de convivencia —que presupone la conciencia firme de la propia identidad y la aceptación respetuosa y cooperativa de la de los otros—, tiene una función jurídica interpretativa. Esta función jurídica se deriva de su ubicación dentro del preámbulo de la norma. La misma función cabe atribuirle cuando aparece dentro del articulado del texto legal, formulando uno de los fines a los que tiende el sistema educativo español o delimitando los aspectos que deberá comprender la formación en sentido amplio de los estudiantes. En cambio, en el supuesto en que la tolerancia se emplea para describir el contenido propio de una materia, que debe impartirse dentro de una disciplina, ha de interpretarse como un concepto material, que participa más de las características de los conceptos determinados (84) que de los conceptos jurídicos indeterminados. Es decir, tiene relevancia jurídica en la medida en que aparece dentro de una norma, pero ni es un concepto jurídico ni desempeña una función jurídica. Al contrario, su función no es distinta de la que realizan otros conceptos (p. ej.: «ecuaciones de segundo grado», «oraciones subordinadas», etc.): trata de delimitar unos contenidos dentro de un determinado nivel de enseñanza.

En los supuestos anteriores, no parece que el término tolerancia deba encuadrarse dentro de la dialéctica entre discrecionalidad administrativa frente a competencia reglada, por tratarse o bien de un concepto material o bien de un criterio interpretativo llamado a servir de guía, en los casos en que eventualmente surgiera la duda en la aplicación de algún concepto jurídico indeterminado empleado por las normas en cuyo preámbulo o articulado figura.

nistrativa, Madrid, 1976. Más recientemente: J. IGARTUA SALAVERRIA, *Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», 92, 1996, págs. 544 y ss.; T. R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, 2.ª ed., Madrid, 1997; A. MOYO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Madrid, 1985, págs. 258 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, 1995; M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1994, y M. BELTRAN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, 1995.

(84) F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación...*, pág. 70.

4. LA TOLERANCIA EN LAS FUENTES JURISPRUDENCIALES

4.1. *La tolerancia, entre las categorías de «principio» y de «límite de los derechos»*

Ya en otros apartados anteriores [3.1.1 y 3.3] se ha considerado el valor de la referencia a la tolerancia en la Ley reguladora del derecho de asilo, anotándose que se la consideraba uno de los criterios integrantes del Estado democrático y que, desde un punto de vista formal, tiene una función interpretativa. Al comenzar a analizar el tratamiento de la tolerancia como principio en la jurisprudencia, se partirá de las sentencias recaídas en esta materia desde la entrada en vigor de esta Ley.

Una primera aproximación a los pronunciamientos recaídos no permite obtener alguna delimitación más precisa acerca de la tolerancia como principio jurídico. El uso del término por el TS (85) responde exactamente al significado que se le daba en la época de la Reforma, o que se describe en nuestros diccionarios jurídicos como «tolerancia de cultos» [cfr. 1.2]: la permisión, en un Estado confesional, de otras prácticas religiosas, sin que llegue a contemplarse un régimen de igualdad para quienes practican una religión distinta de la oficial.

En sentencias de tribunales inferiores se contiene alguna referencia a la tolerancia como uno de los criterios que debe presidir la apreciación de la condición de refugiado y el reconocimiento del derecho de asilo (86), pero sus términos no permiten precisar el alcance de la tolerancia respecto a la formulación de la propia Ley. Desde luego, no parece que el criterio de tolerancia sea entendido como una cierta benevolencia por parte de los tribunales. Por el contrario, los términos de alguna sentencia inducen a pensar lo contrario (87), a pesar de que el hecho de que los refugiados puedan

(85) Mediante acto de confirmación adoptado por el Consejo de Ministros de 3-3-1995, se desestimó la alzada interpuesta contra la Resolución del Ministerio de Justicia e Interior de 29-12-1992 que denegó la concesión del derecho de asilo a un ciudadano irakí. El recurrente alegaba persecución religiosa en su país, especialmente con respecto a personas pertenecientes a la Iglesia católica, de la que él se declara miembro. El TS en el fundamento jurídico segundo considera que las circunstancias expuestas por el recurrente no constituyen suficiente indicio probatorio para la concesión de asilo, «por cuanto el régimen político de Irak aunque tiene por religión oficial la islámica, no practica la intolerancia religiosa, incumbiendo la carga de la prueba a la parte recurrente, lo que no ha realizado válidamente» (Sentencia del TS, Sala 3.ª, jurisdicción contencioso-administrativa, de 22-12-1997).

(86) «El derecho de asilo tiene en común algunos aspectos con lo referente a los refugiados —por ejemplo, que basta que se presenten indicios suficientes de las circunstancias necesarias para su otorgamiento y no prueba plena artículo 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo (regulación del derecho de asilo y de la condición de refugiado), y su apreciación debe estar presidida por criterios de hospitalidad, solidaridad y tolerancia» (Sentencia de 2-3-1991 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en «La Ley», 3, 1991, pág. 715).

(87) La Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de mayo de 1988 señala que el solo hecho de ser citado por el Tribunal de la Revolución Islámica para declarar, con la consiguiente advertencia de busca y captura por la Guardia de la Revolución en caso de

acudir tras la vía administrativa a la jurisdicción contencioso-administrativa, por el procedimiento previsto en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, ha sido interpretado por algunos autores como expresión de que el asilo está concebido en la mente del legislador dentro del área de los derechos fundamentales o muy cercano a ellos (88).

En la jurisprudencia constitucional aparece algún pronunciamiento aislado en el que se alude a la tolerancia como un principio fundamental de la democracia (89) o como contenido del principio del pluralismo (90). También en la jurisprudencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrati-

incomparecencia, no permite inferir que la persecución venga determinada por motivos de raza, religión, nacionalidad, grupo social u opiniones políticas, como exige la legislación española para el reconocimiento del estatuto de refugiado; cfr. D. LÓPEZ GARRIDO, *El derecho de asilo*, Madrid, 1991, págs. 293-295. Ello no obsta para que en el caso que resuelve la sentencia se concediese el asilo, por estimarse que en el supuesto concreto había otros indicios que permitían inferir que se trataba de una persecución política.

(88) D. LÓPEZ GARRIDO, *El derecho de asilo*, págs. 40, 175 y ss., fundamenta su opinión de que se trata de un derecho fundamental parcialmente debilitado, por no gozar del recurso de amparo, pero que responde a la naturaleza de los derechos civiles y políticos clásicos. Los aspectos prácticos del estatuto de los refugiados pueden verse en F. ALONSO PÉREZ, *Régimen jurídico del extranjero en España. Comentarios, jurisprudencia, legislación y formularios*, 2.ª ed., Madrid, 1997, págs. 419 y ss.

(89) STC 5/1981, de 13 de febrero («BOE» núm. 47, de 24 de febrero), voto particular del Magistrado don Francisco Tomás y Valiente, al que se adhirieron los Magistrados don Manuel Díez de Velasco y don Plácido Fernández Viagas. «Uno de los principios fundamentales de la democracia es el de tolerancia. Sin duda, por entenderlo así la LOECE, lo ha recogido en su artículo 36.c), al incluir entre los derechos de los alumnos el de ser "educados en un espíritu de comprensión, tolerancia y convivencia democrática". Conviene, sin embargo, tener en cuenta que no será posible realizar este derecho de los alumnos, si el mismo principio de tolerancia no informa todas las relaciones entre los diferentes componentes de la comunidad escolar, pues la coherencia de una labor educativa consiste en transmitir al educando aquello que los educadores practican. Por eso, la Constitución exige el respeto a esos mismos —a todos ellos— principios constitucionales en relación con la creación y consiguiente organización de los centros privados (art. 27.6 de la CE)».

No se trata aquí de la referencia a la tolerancia como un derecho del alumno, pues el voto particular en el que aparece hace referencia a una ley hoy no vigente. En la normativa actualmente en vigor, la tolerancia aparece como uno de los fines del sistema educativo, como ya se vio al tratar de las fuentes legales [3.1.2].

(90) STC 292/1993, de 18 de octubre («BOE» 9-11-1993), FJ 4.º.

«El recurrente alega que la exigencia empresarial de que le comunique los nombres de los afiliados que forman la sección sindical implica vulneración del derecho de libertad ideológica de esos afiliados, en su vertiente negativa de no estar nadie obligado a declarar sobre su ideología —art. 16.2 de la CE— y tal alegación nos conduce a examinar si la afiliación sindical está protegida por dicho precepto constitucional.

Y en este punto debemos mantener una posición afirmativa, puesto que la libertad ideológica, en el contexto democrático gobernado por el principio pluralista que basado en la tolerancia y respeto a la discrepancia y diferencia, es comprensiva de todas las opciones que suscita la vida personal y social, que no pueden dejarse reducidas a las convicciones que se tengan respecto del fenómeno religioso y al destino último del ser humano, y así lo manifiesta bien expresamente el texto constitucional al diferenciar como manifestaciones del derecho, "la libertad ideológica, religiosa y de culto" y "la ideología, religión o creencias".

Siendo los sindicatos formaciones con relevancia social, integrantes de la estructura pluralista de la sociedad democrática, no puede abrigarse duda alguna que la afiliación a un sindicato es una opción ideológica protegida por el artículo 16 de la CE, que garantiza al ciudadano el derecho a negarse a declarar sobre ella.»

vo), con ocasión de una sentencia relativa a los límites de la libertad de expresión, se contiene un pronunciamiento en el que se reitera la conexión entre la tolerancia y el principio democrático (91).

No obstante, estas referencias no permiten la caracterización de la tolerancia como «principio», en el significado que este término adquiere como una categoría propia del Derecho constitucional. De estas sentencias, lo máximo que puede deducirse es que con el término «tolerancia» se está haciendo referencia a un valor positivo que, en el primer caso, recuerda el planteamiento kelseniano, al considerar la tolerancia como un principio de la democracia. Y, en el segundo caso, no resulta claro que se trate de un principio, sino que más bien expresa el contenido de otro principio (el pluralismo) y que no se identifica exactamente con el respeto, porque el respeto también forma parte de ese contenido del principio de pluralismo, siendo tolerancia y respeto dos aspectos distintos. En la mencionada sentencia del TS no parece, en cambio, tan claro que la tolerancia sea un contenido propio del pluralismo; pluralismo y tolerancia aparecen como condiciones necesarias para una sociedad democrática.

Las dificultades para caracterizar a la tolerancia como principio aumentan si se tienen presentes otros pronunciamientos en los que el término tolerancia viene a expresar los límites que el titular de un derecho fundamental está obligado a soportar, al entrar en conflicto con los derechos fundamentales de otros sujetos. Así, quien pretenda invocar su derecho al honor está obligado a una cierta tolerancia (92), que es mayor si se trata

(91) «En el juego de los conceptos antitéticos "tolerancia" y "represión", es claro que a menor de lo primero, mayor necesidad de lo segundo, de manera que a medida que se amplía el campo de la tolerancia, se va haciendo menos necesario el de la represión y por ello cuando la tolerancia es muy amplia, la represión será tan leve como filosóficamente legitimada porque tendrá una justificación moral, social y políticamente sólida. No es ajena la propia Comunidad Internacional a excluir medidas de protección a ciertos ideólogos activos cuando tales ideologías son contrarias a principios morales inequívocamente universales y se exponen magnificando sus excelencias o pretendiendo justificar su bondad. Toda la dialéctica terrorista, racista, xenófoba, fundamentalista expuesta más allá del simple plano de la teoría no deja de ser una manifestación de cierta libertad de expresión y no por ello es admisible ni está exenta de persecución y castigo» (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1-4-1995, FJ 3.º). «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia de 7 de diciembre de 1976, en el caso *Handyside* (apartado 49, p. 2.º) tuvo ya ocasión de decir en relación con la libertad de expresión, objeto del artículo 10 de la Convención de Roma de 1950 que "la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad (se refiere a la democrática), una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. El amparo del artículo 10.2 es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. Esto significa que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que persigue". Esa misma concepción de la libertad de expresión la reitera el mismo TEDH de Estrasburgo en su Sentencia de 8 de julio de 1986, caso *Lingens* (apto. 41)...» (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1-4-1995, FJ 10.º).

(92) Con referencia al derecho al honor, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que «en nuestro ordenamiento no puede encontrarse una definición de tal concepto que resulta así jurídicamente indeterminado. Hay que buscarla en el lenguaje de todos». El

de un cargo público (93). Igualmente, en materia de libertad de expresión se afirma que «la exposición de la diversidad de criterios debe hacerse desde la tolerancia» (94).

Con base en las sentencias mencionadas, ¿cabría caracterizar a la tolerancia en nuestro Derecho como límite en el ejercicio de los propios derechos fundamentales?

En mi opinión, tampoco esta caracterización resulta posible. Antes de introducir principio o categoría alguno que suponga un límite de los derechos, se debe tener presente que el Tribunal Constitucional ha declarado con rotundidad: «El límite último de toda libertad se encuentra en el Código penal, donde se marca el nivel mínimo de exigencias para la convivencia social» (95).

Así pues, esta idea de tolerancia a la que se refiere la jurisprudencia constitucional y del TS, más que un límite autónomo del ejercicio de los derechos, debe encuadrarse dentro del marco de la ponderación de los bienes en conflicto en cada caso, ponderación en la que entran en juego tanto las normas jurídicas como los valores (96). Ahora bien, la cuestión que suscita esta afirmación es si la tolerancia es algo distinto del principio de proporcionalidad en la ponderación de bienes para la resolución de un caso conflictivo. Más adelante volveremos sobre ello. En este momento conviene, no obstante, apuntar que la jurisprudencia constitucional que alude a la tolerancia no ofrece elementos que permitan afirmar la existencia de diferencias entre tolerancia y ponderación.

Tribunal acude al Diccionario de la Real Academia Española. Para determinar lo que se entiende por honor, se refiere a la opinión colectiva, que marca en cualquier lugar y tiempo el nivel de tolerancia o de rechazo (STC 223/1992, de 14 de diciembre, FJ 3.º; en el mismo sentido, las SSTC 170/1994, de 7 de junio, FJ 2.º, y 76/1995, de 22 de mayo, FJ 4.º), añadiéndose que en la Ley orgánica que desarrolla el derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, es donde se incorporan explícita o implícitamente los valores sociales de hoy (STC 223/1992, de 14 de diciembre, FJ 3.º).

(93) Auto TC 15/1997, de 22 de enero, Antecedentes 2, confirmada por el TC esa valoración de los tribunales ordinarios. «No es exigible un relato puro, objetivo y aséptico, que sería incompatible con el pluralismo y la tolerancia respecto a la libre manifestación de las opiniones y críticas de la actividad de quien va a contribuir de modo esencial a designar a quienes pueden acceder a desempeñar una función pública».

(94) Aunque la exposición de la diversidad de criterios debe hacerse desde la tolerancia (STS, Sala de lo Penal, de 21-2-1994).

(95) STC 223/1992, de 14 de diciembre, FJ 2.º. En el mismo sentido, la STC 170/1994, de 7 de junio, FJ 2.º.

(96) La ponderación «es una operación de lógica jurídica que, en principio forma parte de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los jueces y tribunales del Poder judicial por mandato de la propia Constitución (art. 117.3). En efecto, tal potestad comprende la selección de la norma jurídica aplicable al caso concreto, incluso en el aspecto temporal, su interpretación y la subsunción en ella de los hechos, la determinación de éstos a través de la actividad probatoria, con la admisión y pertinencia de los medios propuestos y la libre valoración del acervo obtenido mediante los efectivamente utilizados». STC 170/1994, de 7 de junio, FJ 1.º.

4.2. La tolerancia oficial de un comportamiento ilícito o delictivo

Si en el apartado anterior se trató de analizar la jurisprudencia pronunciada sobre el uso del término con una connotación positiva —hubiera sido ya empleado (p. ej.: en materia educativa y en la regulación del asilo) o no (p. ej.: en materia de límites a la libertad de expresión o del derecho al honor) por la legislación al respecto en ese mismo sentido—, ahora nos proponemos acometer el estudio del uso del término tolerancia con una connotación negativa por la jurisprudencia.

No hemos tenido conocimiento de ninguna sentencia pronunciada en aplicación del precepto del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, en el que aparecía el término tolerancia [cfr. 3.2]. Sin embargo, la jurisprudencia recaída es susceptible de ser clasificada en razón de los distintos grados de intensidad de la connotación negativa del término (desde la falta disciplinaria en el ámbito administrativo hasta la circunstancia agravante en la comisión de un delito). Quizá el aspecto más relevante (97) en la delimitación del concepto de tolerancia en esta acepción negativa es que se trata en todos los supuestos de la tolerancia en sentido vertical; esto es, la ejercida por parte de un sujeto con autoridad respecto de otro que le está sometido. El término tolerancia es empleado como sinónimo de *permisividad indebida* de una actuación delictiva (98) por parte de una autoridad pública, o de una falta disciplinaria sancionable por parte de una autoridad administrativa, que constituye

(97) La doctrina —F. GALINDO, *Aplicación judicial del derecho e intolerancia (Estudio de un ejemplo)*, en «Derechos y Libertades» 5, 1995, págs. 506 y ss., sobre esta STS; sobre la sentencia anterior de la Audiencia Provincial de Jaén, cfr. F. GALINDO, «Derecho y Minorías», en VV.AA., *Justicia, Solidaridad, Paz. Estudios en homenaje al Prof. J. M. ROJO SANZ*, vol. I, Valencia, 1995, págs. 145 y ss.— que ha estudiado la sentencia acerca de la tolerancia ejercida de modo ilícito por un alcalde critica que los jueces aplicaran el principio de igualdad ante la ley, sin atender a la circunstancia de que los perjudicados formaban parte de una minoría étnica (F. GALINDO, *Aplicación judicial del derecho e intolerancia...*, pág. 509; a su juicio, debió tenerse en cuenta el art. 137 del Código Penal). Cfr. también la reforma del Código Penal posterior; la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, contempla como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal: «... 17. Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima».

Se ha sostenido que la aplicación del Derecho e incluso la del principio de igualdad ante la ley son compatibles con la tolerancia (F. GALINDO, *Aplicación judicial del derecho e intolerancia...*, pág. 511.) Aquí, justamente, el autor está invocando la tolerancia en un sentido distinto al uso que se le da al término en el texto recogido de la sentencia.

(98) «El alcalde con el apoyo de su autoridad a la actitud vengativa de los vecinos que componían la muchedumbre, contribuyó de una manera decisiva a crear un clima de permisividad de la venganza entre los manifestantes, lo que le otorgaba una posición directiva superior de los hechos. Tal situación es similar a la que cabe aceptar en los supuestos en los que los autores inmediatos obran en la creencia de que su comportamiento cuenta con una autorización o al menos con la tolerancia oficial, cuya ilicitud podían reconocer con un mínimo esfuerzo de conciencia». Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 2-7-1994, FJ 8.º (la cursiva es nuestra), relativa a la reponsabilidad por daños y perjuicios de un alcalde que compele a los vecinos a una manifestación ilegal contra un grupo étnico (gitanos).

una causa de responsabilidad administrativa (99), o de la actitud negativa de los testigos por parte de los jueces (100). En otro supuesto, la conducta de tolerancia y falta de inspección observada con un establecimiento sanitario es calificada de *negligencia grave* (101).

Ahora bien, no siempre la tolerancia en la acepción negativa del término por parte de la jurisprudencia acarrea consecuencias negativas. Tal es el caso de las sentencias recaídas sobre incompatibilidades de funcionarios (102). E igualmente la jurisprudencia que alude a la tolerancia en la forma de presentar escritos (103). En ambos casos, la «tolerancia» es un término opuesto al «reconocimiento» y que, por tanto, no da origen a nin-

(99) El demandante remitió a la Dirección General de Correos y Telégrafos un escrito en el que imputaba al Jefe Provincial varias faltas disciplinarias sancionables que consistían en la obstaculización del ejercicio de libertades públicas y derechos sindicales, y en *la tolerancia de supuestas infracciones* del propio actor, sin dar cuenta a los órganos de inspección y en la emisión de informes inveraces y parciales (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5-6-1995, FJ 1.ª relativa a una reparación de agravio difamatorio que fue tramitada ante la jurisdicción contencioso-administrativa sin que se hubiera seguido el expediente previsto en el régimen disciplinario de funcionarios; la cursiva es nuestra).

(100) STS, Sala de lo Penal, de 12-3-1992, negativa a que los testigos contesten preguntas sobre secretos oficiales.

(101) STS, Sala de lo Penal, de 20-1-1996.

(102) «La incompatibilidad de los funcionarios para desempeñar simultáneamente dos o más puestos de trabajo o de uno público y determinadas actividades profesionales privadas ha sido la norma general, de modo que lo que ha constituido una simple *tolerancia ante situaciones de hecho*, sin reconocimiento legal, e incluso contra la disposición expresa que la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, debe respetar o, en caso contrario, compensar con el reconocimiento de un derecho a la oportuna indemnización...» (Sentencia del Tribunal Supremo; Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6-4-1995, relativa a la incompatibilidad para desempeñar simultáneamente dos puestos de trabajo por un funcionario público, en el FJ 6.ª de la sentencia apelada; la cursiva es nuestra). «La incompatibilidad de referencia ha sido la norma general, de modo que lo que ha constituido una simple *tolerancia ante situaciones de puro hecho*, sin reconocimiento legal, e incluso contra la disposición expresa de la ley, no puede esgrimirse, ahora, como definidor de un derecho que la Ley 53/84 debe respetar, o en caso contrario, compensar con el reconocimiento de un derecho a la oportuna indemnización» (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 2-2-1990, FJ 5.ª, relativa a incompatibilidades de la función pública; la cursiva es nuestra). «La tradición legislativa en nuestro ordenamiento ha sido desde hace ya bastantes años la incompatibilidad para ejercer dos o más puestos públicos, para desempeñar, a la vez, determinadas funciones públicas y actividades profesionales, para percibir dos o más retribuciones con cargo al erario público y para simultaneizar haberes activos y pasivos. (...) Otra cosa es que, aparte de los reconocimientos explícitos por la Ley de la compatibilidad en supuestos concretos, que nunca fueron formalmente la regla general, sino, justamente, la excepción, la tolerancia de la Administración condujera a situaciones puramente fácticas, en las que un mismo funcionario o empleado público ocupaba dos o más puestos de trabajo en el sector público. Pero lo que ha sido una *tolerancia ante situaciones de puro hecho*, sin reconocimiento legal, e incluso contra la prohibición expresa de la ley, no puede esgrimirse ahora, ante la promulgación de la Ley 53/84, como situaciones jurídicas que esta Ley debe respetar y, en caso contrario, reconocer un derecho a la oportuna indemnización» (STC 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9.ª, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 53/1984, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas; la cursiva es nuestra). En el mismo sentido de tolerancia de la Administración ante determinadas situaciones de hecho en materia de incompatibilidades, la STC de 15-3-1990).

(103) Sentencia de 9-12-1997, recurso de casación.

gún derecho, sin llegar a suponer ni negligencia ni permisión indebida. Se trata igualmente de supuestos de tolerancia vertical, pero en la que la conducta tolerante no es objeto de sanción administrativa ni penal.

Por lo que respecta al empleo del término tolerancia en su acepción negativa por la jurisprudencia, entendemos que su adecuada caracterización es la de «concepto jurídico indeterminado». Ciertamente, esta categoría se aplica a los conceptos empleados por el legislador, que deben ser aplicados por la Administración y cuya revisión última corresponde al juez. Tal es claramente el supuesto que se vio en el apartado 3.2. Ahora bien, mientras no haya una definición legal del término tolerancia, su uso en las sentencias recogidas permite deducir su significado en el ámbito administrativo, aunque no se trate de pronunciamientos que revisen la aplicación administrativa del término.

La aplicación de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados implica que, a la hora de precisar la función jurídica de este término, se vea afectado por las diferencias doctrinales acerca del margen de actuación que permiten los conceptos indeterminados de valor, pues no cabe duda de que «tolerancia» expresa un valor.

Si desde las posturas doctrinales más claras en favor de la única solución correcta de los conceptos jurídicos indeterminados, y por tanto del control pleno por parte de los Tribunales, se aprecian matices —que se han cometido excesos, que los conceptos de valor y de experiencia no gozan de la misma posición ante la eventual revisión judicial—, no es posible desconocer los argumentos de quienes afirman que no está tan claro que exista siempre una diferencia *a radice* entre conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa (104). Así, la existencia de conceptos jurídicos indeterminados que implican juicios de valor pone en tela de juicio uno de los criterios —que la discrecionalidad actuaría en el plano volitivo y los conceptos jurídicos indeterminados en el plano cognoscitivo (105)— para distinguir los conceptos jurídicos indeterminados de la discrecionalidad administrativa. Igualmente resulta cuestionable la distinción según la cual la discrecionalidad afecta a la consecuencia, mientras que los conceptos jurídicos indeterminados afectan al supuesto de hecho (106). Como ha

(104) M. SANCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1994, págs. 116-117.

(105) «La diferencia esencial entre una cosa y otra radica en que mientras los conceptos jurídicos indeterminados operan siempre en el plano cognitivo (...) la discrecionalidad nunca se da en rigor en dicho plano actuando más bien en el volitivo, es decir, consisten justamente en la remisión de la decisión a la Administración, de modo que la voluntad de ésta queda esencialmente libre» (PAREJO, en L. PAREJO ALFONSO/A. JIMÉNEZ BLANCO/L. ORTEGA, *Manual de Derecho administrativo*, Barcelona, 3.ª ed., 1994, pág. 403). También diferencia entre proceso cognitivo de juicio o de comprobación y proceso volitivo o de valoración, como fundamento del binomio competencia reglada/competencia discrecional, señalando que no puede haber discrecionalidad más que cuando hay que valorar, no cuando hay simple comprobación. M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, 1995, pág. 41.

(106) «La discrecionalidad afecta a la consecuencia jurídica en el sentido de que la Administración puede elegir entre distintas opciones para la concreción de un supuesto de hecho legal (...). Por contra, los conceptos jurídicos indeterminados afectan al supuesto de

sido puesto de manifiesto, en último extremo no existe tal pretendida diferencia clara: todo dependerá de cómo haya sido formulado el texto de la ley, si con un concepto jurídico indeterminado en la parte de la proposición jurídica que describe el supuesto de hecho —y que en realidad abre una discrecionalidad en la valoración— o directamente con una facultad discrecional en la parte de la proposición que expresa la consecuencia jurídica aplicable al supuesto de hecho (107).

En suma, mientras que el uso de la tolerancia en su acepción positiva viene a ser un criterio interpretativo, el uso del término en su acepción negativa se sitúa en el límite entre la discrecionalidad y la potestad reglada.

4.3. *La tolerancia y equidad*

Las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en las que la tolerancia aparece empleada como sinónimo de equidad en el ámbito del Derecho urbanístico son frecuentes. En ellas, el TS señala el deber de adoptar un criterio de tolerancia cuando se trata de pequeñas diferencias respecto a la planificación ordinaria (108).

Por su parte, en un supuesto relativo a la tolerancia sobre admisibilidad de recursos (109) se emplean indistintamente los términos dispensa y tolerancia (110).

hecho, el cual requiere o necesita de precisión jurídica». S. GONZÁLEZ VARAS, *El control judicial de la discrecionalidad administrativa a la luz del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y otras enseñanzas procesales de Derecho comunitario para el proceso administrativo español*, en el núm. 135 de esta REVISTA, 1993, pág. 89.

(107) C. STARCK, *Praxis der Verfassungsauslegung*, Baden-Baden, 1994, pág. 224; IDEM, «Rechtsvergleichender Generalbericht», en M. BULLINGER (ed.), *Verwaltungsformen im modernen Staat*, Baden-Baden, 1986, pág. 29.

(108) STS, Sala 4.ª, jurisdicción contencioso-administrativa, de 14-10-1982: «Considerando: Que la sentencia de instancia que confirmó los acuerdos administrativos que denegaron la calificación definitiva de las viviendas de protección oficial a las 20 viviendas construidas por la cooperativa actora, denegación que se apoyaba en no haberse ajustado las obras realizadas al proyecto, es combatida en esta apelación, por entender que las obras ejecutadas lo fueron según lo aprobado al medir la superficie proyectada, que los técnicos de la Delegación de la Vivienda siguieron al medir la superficie proyectada un criterio distinto al adoptado al comprobar las superficies de la obra construida, y, en último extremo, que debía adoptarse un criterio de tolerancia cuando se trata de pequeñas diferencias. (...) Pues aun en la hipótesis de que no existiesen reales dudas sobre la forma de medición de las superficies y se acepten las diferencias apreciadas por la Administración entre lo proyectado y lo ejecutado, es tan insignificante la diferencia incluida dentro de los errores admisibles en las mediciones, que el mantenimiento de tales resoluciones administrativas pugnaría con el principio de equidad y con el de proporcionalidad exigible en el actuar de la Administración al fallar la ecuación o correspondencia entre la pequeña entidad de la pretendida falta y la gravedad del efecto aplicado que supone la pérdida de los beneficios que gozan las viviendas protegidas, sin que, por otra parte, sea aplicable la doctrina jurisprudencial en que se apoya la sentencia de instancia, pues en el presente caso nunca podría hablarse de "Variación esencial del proyecto" sino a lo sumo de variaciones mínimas incluidas dentro de los errores que pueden considerarse admisibles».

(109) Auto del TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2-3-1995.

(110) STS, Sala de lo Penal, de 12-7-1994: «se viene dispensando el cumplimiento en escrito de la preparación del recurso (...) y la razón de la tolerancia reside en evitar su inadmisión».

Estamos, pues, ante dos usos del término tolerancia (como sinónimos de equidad y dispensa), en los que se trata de una función discrecional por parte de la Administración que ejerce la tolerancia.

Acerca de la relación entre tolerancia y equidad, algunos autores han señalado que, en un sistema jurídico cerrado, con una sociedad estable en la que el Derecho es independiente de la realidad social, la tolerancia cumple una función en la teoría de la justicia similar a la que, no obstante sus diferencias, realiza la equidad (111). Según esta opinión, la tolerancia supone un riesgo, porque implica aceptar como un mal menor la arbitrariedad del tolerante frente a la aplicación estricta de la legalidad, con la consiguiente merma de la seguridad en beneficio de la arbitrariedad (112). Aunque el reconocimiento de facultades discrecionales lleve consigo mayor riesgo de arbitrariedad e inseguridad jurídica que cuando se trata de facultades regladas. No obstante, discrecionalidad y arbitrariedad no deben confundirse.

Por otra parte, este autor no señala exactamente cuáles sean las diferencias entre tolerancia y equidad. En la doctrina alemana (113), teniendo en cuenta el uso actual del término tolerancia, se ha mantenido que ésta hace referencia, prevalentemente, al ámbito de los valores. La equidad tiene, aquí, un uso dentro del ámbito urbanístico, más referido al patrimonio que a los valores; por ello parece en principio trasladable la matización propuesta por PERNICE. No obstante, la coexistencia de una connotación positiva y otra negativa para el concepto no permite afirmar que designe el ámbito de los valores.

En nuestro Derecho la conclusión que puede sostenerse al respecto es que cuando la tolerancia tiene una función jurídica más clara y conocida es cuando se identifica con la equidad.

5. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Una primera conclusión que cabe anotar de esta aproximación al uso del término tolerancia en el Derecho español es que el discurso jurídico de la doctrina está en gran medida apartado del discurso legal y jurisprudencial. Esta disociación quizá se explique por la dificultad de atribuir a la tolerancia un significado estrictamente jurídico; o, si se prefiere, debido a que este término no es susceptible de una construcción dogmática que permita atribuirle un lugar exacto en las categorías jurídicas de nuestro sistema.

Otra observación que puede concluirse es que en el lenguaje jurídico español conviven actualmente todos los significados del término de modo

(111) E. J. VIDAL GIL, *Tolerancia, pluralismo y derecho...*, pág. 378. Este autor considera, siguiendo a DE LUCAS, que en un sistema abierto en el que el Derecho depende de la realidad social la tolerancia más bien retrasa y aminora el reconocimiento de los derechos.

(112) E. J. VIDAL GIL, *Tolerancia, pluralismo y derecho...*, pág. 378.

(113) I. PERNICE, *Billigkeit und Härteklauseln im öffentlichen Recht. Grundlagen und Konturen einer Billigkeitskompetenz der Verwaltung*, Baden-Baden, 1991, págs. 373-374.

simultáneo. Como valor positivo, que debe promocionarse y servir de principio jurídico, y como valor negativo, que constituye motivo de sanción. La polisemia del término hace que no pueda ser considerado como un término jurídico, con un significado técnico.

La tolerancia como valor positivo, y con un contenido más bien coincidente con el sentido ilustrado del término, se emplea en el Derecho español cuando se habla a nivel doctrinal o a nivel de preámbulos o de exposiciones de motivos, pero no en el ámbito jurisprudencial. Ahí el uso prevalente (en sentido numérico) del término es el de la tolerancia en el sentido de conducta contraria a los valores positivos reconocidos por el ordenamiento.

La tolerancia como valor inserto dentro de la vida democrática no parece que pueda actuar como principio autónomo, sino dentro de la ponderación de los bienes en conflicto en cada caso.

El reiterado uso del término tolerancia, a pesar de su falta de rigor jurídico, pone de manifiesto la necesidad de recurrir a categorías flexibilizadoras del Derecho. En un momento del desarrollo de la técnica jurídica en que ésta aparece dominada por la tendencia a asegurar al máximo el control, las conductas regladas, etc., se manifiesta al mismo tiempo la necesidad de mantener alguna vía que permita ofrecer soluciones al caso concreto. Vías que ya existían, pero cuyos tradicionales términos jurídicos (como la equidad o la dispensa) aparecen cargados de connotaciones negativas, debido a los excesos a los que han conducido en otros momentos y que ahora vienen a expresarse con el término tolerancia.